

# VU Research Portal

## Ontslag op staande voet na schending re-integratieverplichtingen: mission impossible?

Dietz, Jessica; Opdam, Marieke

***published in***  
Arbeidsrecht  
2019

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Dietz, J., & Opdam, M. (2019). Ontslag op staande voet na schending re-integratieverplichtingen: mission impossible? *Arbeidsrecht*, 2019(3), 20-25. [2019/14].

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Ontslag op staande voet na schending re-integratieverplichtingen: mission impossible?

*ArbeidsRecht* 2019/14

**Kan de werkgever de werknemer die niet voldoet aan zijn re-integratieverplichtingen op staande voet ontslaan? In deze bijdrage staat de vraag centraal of de werkgever naast een loonstop en ontbinding ook de mogelijkheid heeft om de werknemer die niet meewerkt aan zijn re-integratieverplichting ex art. 7:660a BW op staande voet te ontslaan. Wij zullen dit onderwerp behandelen aan de hand van recente jurisprudentie vanaf de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid ('Wwz'). De jurisprudentie laat zien dat over dit onderwerp veel wordt geprocedeerd met wisselende uitkomsten tot gevolg. Met name de hoven achten niet vaak een dringende reden aanwezig. Ook wordt in dit artikel stilgestaan bij de vraag of ontslag op staande voet mogelijk is als een (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemer nevenwerkzaamheden verricht.**

## 1. Juridisch kader

### 1.1 Loonstop en ontbinding

De zieke werknemer heeft gedurende de eerste twee jaar van ziekte recht op doorbetaling van zijn loon ex art. 7:629 BW. Wanneer zich één van de omstandigheden genoemd in art 7:629 lid 3 BW voordoet, waaronder het niet naleven van de re-integratieverplichtingen, heeft hij echter geen recht meer op loondoorbetaling.

Wanneer sprake is van een loonstop kan de werknemer een loonvordering instellen waarbij hij ex art. 7:629a BW een deskundigenoordeel moet overleggen. In een uitspraak van de Kantonrechter Overijssel kwam aan bod dat de loonstop partijen aldus de kans geeft om binnen het wettelijke kader hun geschil over de re-integratie op te lossen.<sup>2</sup> Vaak wordt een loonvordering in kort geding aanhangig gemaakt. De Hoge Raad heeft recentelijk bevestigd dat in kort geding een deskundigenoordeel niet vereist is.<sup>3</sup> In een kort geding is het aan de rechter overgelaten om te bepalen of het overleggen door de werknemer van een deskundigenverklaring als bedoeld in art. 7:629a lid 1 BW wenselijk is. De kortgeding-rechter kan de werknemer op de voet van art. 22 Rv bevelen die deskundigenverklaring te doen opstellen en over te leggen, dan wel op de voet van art. 194 Rv zelf een deskundigenbericht gelasten, aldus de Hoge Raad.<sup>4</sup>

Indien de werknemer ook na een loonstop blijft weigeren om mee te werken aan zijn re-integratie, kan de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken op grond van art. 7:669 lid 3 onder e BW. Artikel 7:671b lid 5 BW bepaalt dat de kantonrechter het ontbindingsverzoek dat is gegrond op artikel 7:669, lid 3, onderdeel e BW, in verband met het, zonder deugdelijke grond door de werknemer niet nakomen van de verplichtingen bedoeld in artikel 7:660a BW afwijst, indien de werkgever: "de werknemer niet eerst schriftelijk heeft gemaand tot nakoming van die verplichtingen of om die reden, met inachtneming van het bepaalde in artikel 629, lid 7, de betaling van het loon heeft gestaakt." De werkgever dient bij het ontbindingsverzoek tevens te beschikken over een deskundigenverklaring.<sup>5</sup> De deskundigenverklaring dient een oordeel te bevatten over de vraag of de werknemer zijn re-integratieverplichtingen is nagekomen. Een verklaring omtrent de verandering van de werknemer om de bedongen of andere passende arbeid te verrichten is volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden niet voldoende.<sup>6</sup> Het Hof Den Haag accepteerde wel een deskundigenoordeel dat op verzoek van de werknemer was gegeven en waarin de vraagstelling in eerste instantie was gericht op de re-integratie-inspanningen van de werkgever, aangezien in het deskundigenoordeel ook een oordeel werd gegeven over de re-integratie-inspanningen van de werknemer.<sup>7</sup>

### 1.2 Dringende reden

Een zieke werknemer kan onder bepaalde omstandigheden ook op staande voet worden ontslagen wegens een dringende reden. Bij een opzegging wegens een dringende reden is het opzegverbod tijdens ziekte niet van toepassing.<sup>8</sup> In algemene zin worden, bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden, alle omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang in aanmerking genomen. Tot deze omstandigheden behoren de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder meer de aard en duur van de dienstbetrekking, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd, eventuele arbeidsongeschiktheid en de gevolgen van een ontslag op staande voet.<sup>9</sup> Ook indien de persoonlijke gevolgen ingrijpend zijn, kan een afweging van de persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst ge-

1 Mw. mr. drs. J. Dietz is advocaat bij Kennedy Van der Laan, Amsterdam. Mw. mr. dr. M. Opdam is Professional support lawyer bij Kennedy Van der Laan, Amsterdam.

2 Ktr. Overijssel 6 april 2017, ECLI:NL:ROBOE:2017:1580.

3 Hoge Raad 14 september 2018, JAR 2018/258.

4 Zie over de rol van de deskundigenverklaring na een ontslag op staande voet: Hof Den Haag 30 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1604. Het overleggen van een deskundigenverklaring kon in redelijkheid niet van de werknemer gevergd worden.

5 Art. 7:671b lid 5 onder b BW. Zie ook: Hof 's-Hertogenbosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3683 en Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4868.

6 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4868, r.o. 5.10.

7 Hof Den Haag 26 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:219.

8 Art. 7:670a lid 2 onder c BW jo. art. 7:677 lid 1 BW.

9 HR 12 februari 1999, NJ 1999/643 (*Schrijver/van Essen*), Hof Den Haag 21 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3237 en Hof 's-Hertogenbosch 20 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3938.

rechtvaardigd is omdat de aard en ernst van de dringende reden zwaarder wegen dan de persoonlijke omstandigheden.<sup>10</sup>

Wanneer de werknemer een schending van zijn re-integratieverplichtingen wordt verweten is het de vraag of dit een dringende reden oplevert voor ontslag. In de wetsgeschiedenis bij de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte werd opgemerkt dat het stopzetten van de loondoorbetaling voldoende afschrikwekkend is om te waarborgen dat de werknemer zijn re-integratie serieus oppakt. Verdergaande sancties zijn daarom volgens de wetgever niet nodig. Expliciet wordt vermeld dat niet wordt toegelaten dat de werkgever de werknemer die andere passende arbeid dan de bedongen arbeid weigert, op staande voet ontslaat.<sup>11</sup> In de parlementaire geschiedenis bij de Wet verbetering poortwachter beantwoordt de wetgever de vraag of een werkgever een werknemer rechtsgeldig onverwijld kan opzeggen als deze bij herhaling weigert in te gaan op een opdracht elders in het bedrijf of bij een andere werkgever lager gekwalificeerd werk te verrichten als volgt:

“Gegeven het instrumentarium dat de werkgever ter beschikking staat – en dan met name de mogelijkheid tot inhouding van het loon – en de materie die het hier betreft (wel/niet passende arbeid), ligt het niet erg voor de hand, dat een werkgever deze weg zal kunnen of willen bewandelen. Door de mogelijkheid tot inhouding van het loon, is er voor de werkgever geen dringende reden om in een situatie als deze het dienstverband onverwijld op te zeggen. Hij lijdt in dat opzicht geen schade en kan zich – als hij het dienstverband wil beëindigen – wenden tot de RDA, die dan (op advies van het UWV) ook een oordeel kan uitspreken over de vraag of de aangeboden arbeid inderdaad passend is.”<sup>12</sup>

Het Hof Den Haag en Hof 's-Hertogenbosch verwezen naar deze laatste passage bij een recent oordeel dat een ontslag op staande voet geen stand kon houden.<sup>13</sup> Het uitgangspunt bij de hoven is dat door de mogelijkheid van inhouding van loon er geen dringende reden is om het dienstverband op te zeggen.

Wij zullen in dit artikel aan de hand van de rechtspraak analyseren in hoeverre een ontslag op staande voet van een werknemer die niet meewerkt aan re-integratie mogelijk is. Wij beperken ons hierbij tot die gevallen waarin de werknemer wordt verweten dat hij weigert passende of eigen arbeid te verrichten en nevenwerkzaamheden verricht tijdens

ziekte. We zullen het ontslag op staande voet in verband met het overtreden van controlevoorschriften verder buiten beschouwing laten.<sup>14</sup>

## 2. Niet verrichten van (passende) arbeid

Het komt vaker voor dat de werkgever een werknemer die niet meewerkt aan zijn re-integratieverplichting ex art. 7:660a BW op staande voet ontslaat. Hieronder bespreken wij de belangrijkste jurisprudentie op dit punt vanaf de inwerkingtreding van de Wwz.

### 2.1 *Werknemer vindt dat hij niet in staat is (passend of eigen) werk te verrichten*

De Hoge Raad overwoog al in 1982 dat een ontslag op staande voet wegens werkweigering niet rechtsgeldig is indien de werknemer meent en te goeder trouw mag menen arbeidsongeschikt te zijn, ook al komt achteraf vast te staan dat de werknemer op het beslissende tijdstip in feite niet arbeidsongeschikt was, en dus in staat was om de bedongen arbeid te verrichten.<sup>15</sup> Deze opvatting komt ook in de huidige jurisprudentie nog terug. Zo oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch dat geen sprake is van blote werkweigering wanneer de werknemer van mening is nog arbeidsongeschikt te zijn.<sup>16</sup> Gelet op de psychische en lichamelijke aandoening van de werknemer kon niet zonder meer worden uitgegaan van de juistheid van het oordeel van de bedrijfsarts en de arbeidsdeskundige. Een ontslag op staande voet was daarom een te vergaand middel.

Van de werknemer mag wel verlangd worden dat hij stappen onderneemt om zijn stelling te onderbouwen, bijvoorbeeld door een deskundigenoordeel aan te vragen of een second opinion van een andere bedrijfsarts. Zo oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden dat het in het kader van een geschil over de arbeids(on)geschiktheid op de weg van de werknemer had gelegen om een deskundigenoordeel te vragen nu hij het niet eens was met het oordeel van de bedrijfsarts.<sup>17</sup> In het verlengde hiervan menen wij dat ontslag op staande voet ook een te vergaand middel is wanneer de werknemer weigert *passende* arbeid te verrichten omdat hij te goeder trouw van mening is dat hij daar niet toe in staat is.<sup>18</sup> Partijen verschillen in die situatie van mening over de mate van arbeidsongeschiktheid, en in hoeverre de werknemer in staat is om aangepast werk te verrichten. Het staat in dat geval dus wel vast dat de werknemer arbeidsongeschikt is. De opvatting van de werknemer dat hij nog ziek is of niet in staat is passende arbeid te verrichten wordt soms ingegeven door adviezen van zijn huisarts of een specialist. Het is echter de rol van de bedrijfsarts om te beoordelen of de werknemer beperkingen heeft voor het (aangepaste) werk. Volgens artsenfederatie KNMG is het uitgangspunt dat de

10 HR 12 februari 1999, NJ 1999/643 (*Schrijver/van Essen*), HR 20 juni 2003, NJ 2003/523 (*Wickel/Klene*), HR 8 oktober 2004, NJ 2007/480 (*Vixia/Gerrits*), HR 17 december 2010, JAR 2011/19 (*Van Huut/ABN*) en HR 20 april 2012, JAR 2012/135 (*Azizou/Bijenkorf*).

11 *Kamerstukken II* 1995/96, 24439, 3, p. 60.

12 *Kamerstukken I* 2001/02, 27678, 37a, p. 31. Zie hierover: P. Kruit & E. van Vliet, 'Ontslag op staande voet van een zieke werknemer die zijn verplichtingen ex art. 7:629 BW schendt een 'no go'?', TAP 2010/5.

13 Hof Den Haag 21 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3237, Hof Den Haag 28 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:355, Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2819 en Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3241.

14 Zie daarvoor: HR 8 oktober 2004, NJ 2007/480 (*Vixia/Gerrits*).

15 HR 22 januari 1982, NJ 1982/470 (*Chemlal/Jaarbeurs*).

16 Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4808. Zie ook: Hof 's-Hertogenbosch 20 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3938. Vergelijk: Hof Arnhem-Leeuwarden 16 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2732.

17 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7776.

18 Ktr. Oost-Brabant 18 februari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:6890.

behandelend arts geen verklaring af mag geven over de arbeidsongeschiktheid van zijn patiënt.<sup>19</sup> De KNMG baseert zich daarbij op vaste rechtspraak van de tuchtrechter. Het ligt daarom op de weg van de werknemer om de bedrijfsarts te vragen om met zijn huisarts of specialist te overleggen. De werknemer kan niet afgaan op een oordeel van een behandelend arts.

## 2.2 Stoppen loondoorbetaling en ontbinding zijn de aangewezen middelen

Een ontslag op staande voet wegens het niet verrichten van passende arbeid houdt met name in hoger beroep zelden stand. Er wordt vaak geoordeeld dat de werkgever over had kunnen gaan tot stopzetten van het loon.<sup>20</sup> Wanneer de loondoorbetaling al wel is gestaakt houdt het ontslag op staande voet vaak geen stand omdat de werkgever gelet op deze loonstop geen dringende reden heeft waarom de arbeidsovereenkomst per direct moet eindigen. Er is gelet op de loonstop geen belang meer bij een onmiddellijke beëindiging. Hoven lijken slechts akkoord te gaan met het ontslag wanneer de gedraging (ook) los van de re-integratieperikelen een dringende reden oplevert.<sup>21</sup>

Wanneer het verwijt richting de werknemer in de kern neerkomt op de weigering om passende arbeid te verrichten is de lijn in de rechtspraak van de hoven dat een ontslag op staande voet een brug te ver is. Dit zullen wij hieronder illustreren aan de hand van een aantal voorbeelden. Het Hof Amsterdam oordeelde over een zieke werknemer die voor een vakantie met zijn gezin naar New York was vertrokken.<sup>22</sup> De werkgever had toestemming voor de vakantie geweigerd. De bedrijfsarts had negatief geadviseerd. Door zijn vakantie had de werknemer één dag op het werk gemist waarop hij aangepast werk had moeten verrichten. De werkgever had de werknemer aanvankelijk toestemming verleend om een aantal uren te verplaatsen – zodat deze uren buiten de vakantie zouden vallen –, maar deze toestemming is later ingetrokken. Dit handelen van de werkgever, waarmee als het ware een ongeoorloofde afwezigheid werd geconstrueerd, wordt als oneigenlijk aangemerkt. Het hof ziet de vakantie wel als handelen in strijd met art. 7:660a onder a BW (gevolg geven aan redelijke voorschriften). Het hof acht van belang dat sprake was van een schending van de re-integratieverplichting. Daarbij staan de werkgever in beginsel andere sanctiemiddelen ten dienste zoals het niet betalen van loon. Het ontslag op staande voet was onterecht. Er was wel voldoende grond voor ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding.

Indien het loon van een weigerachtige zieke werknemer al wel is stopgezet kan de werkgever volgens het Hof 's-Herto-

genbosch en het Hof Amsterdam niet tot ontslag overgaan zonder het effect van een loonsanctie af te wachten.<sup>23</sup> Daarbij is van belang vanaf welk moment de loonstop gelet op de salarisbetaling door de werknemer 'gevoeld' wordt. Het staken van de loondoorbetaling is immers bedoeld als drukmiddel om de werknemer aan te zetten tot re-integratie.

Zelfs wanneer de werkgever de loondoorbetaling heeft gestaakt en het effect van de sanctie heeft afgewacht, betekent dat niet dat ontslag op staande voet mogelijk is. Het Hof 's-Hertogenbosch wijst in twee uitspraken op de parlementaire geschiedenis, waarin is vermeld dat gelet op de loonstop, er voor de werkgever geen dringende reden is om in een situatie als deze het dienstverband onverwijld op te zeggen.<sup>24</sup> Ook het Hof Den Haag ziet niet in waarom een arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang moet eindigen en geen ontbindingsprocedure kan worden afgewacht, indien de werkgever de loondoorbetaling aan de werknemer al heeft stopgezet.<sup>25</sup> Het hof leest in de wetsgeschiedenis *“een duidelijke aanwijzing van de wetgever dat ontslag op staande voet in beginsel niet de juiste sanctie is op het (al dan niet herhaald) weigeren van het verrichten van re-integratiewerkzaamheden/passende arbeid”*. Dit is naar onze mening terecht. Gelet op de loonstop heeft de werkgever geen belang bij een onmiddellijke beëindiging.

In een uitspraak van Hof Amsterdam lijkt meer ruimte te bestaan voor een ontslag op staande voet na het effectueren van een loonstop. Het hof overwoog dat van de werkgever gevergd mocht worden *“dat zij in ieder geval afwachtte of haar loonsanctie effect had alvorens [appellant] op staande voet te ontslaan”*.<sup>26</sup> De vraag of een ontslag op staande voet dan wel stand zou hebben gehouden kwam verder niet meer aan de orde.

In een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden hield het ontslag op staande voet wel stand.<sup>27</sup> In deze zaak had de zieke werknemster niet alleen geweigerd om passende arbeid te verrichten, maar zij was zelfs niet bereid om met de werkgever in gesprek te gaan over het uitvoeren van aangepaste werkzaamheden. De werknemster ervaarde zelf een arbeidsconflict en had categorisch geweigerd om het gesprek aan te gaan voordat het conflict was opgelost. Als laatste poging om de re-integratie vlot te trekken werd de werknemster uitgenodigd om op kantoor van de Arbo-Unie te praten over de oorzaken van het arbeidsconflict. Daarnaast werd zij op dezelfde dag verwacht voor een gesprek over de re-integratie, gevolgd door een eerste inzet op een nieuwe afdeling om proefondervindelijk haar arbeidsmogelijkheden in kaart te brengen. De werknemster weigerde omdat zij wilde dat eerst een mediator werd benoemd. De werkgever ging daarom over tot ontslag op staande voet.

19 KNMG-Richtlijn, 'Omgaan met medische gegevens', mei 2018.

20 Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3241.

21 Zie ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 28 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7776. De werknemer werd terecht op staande voet ontslagen door niet te verschijnen op de dag dat hij weer geheel hersteld was, nadat hij zich tijdens de periode voor re-integratie niet aan de voorschriften heeft gehouden en zich vanaf de eerste lesdag onbereikbaar hield voor de werkgever.

22 Hof Amsterdam 26 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3088.

23 Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2819 en Hof Amsterdam 5 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1872.

24 Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2819 en Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3241.

25 Hof Den Haag 28 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:355.

26 Hof Amsterdam 5 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1872.

27 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7918.

Volgens het hof lag het op de weg van de werkneemster om het arbeidsconflict nader te concretiseren. De werkgever hoefde niet te wachten met de re-integratie totdat het door de werkneemster ervaren arbeidsconflict opgelost zou zijn. De loondoorbetaling was al gestopt. Er was voldoende reden voor ontslag op staande voet. Daarbij was van belang dat het stellen van voorwaarden aan de re-integratie volgens het hof ongepast was en bleek gaf van een ernstig tekortschietend besef bij de werkneemster van het gezag dat in een arbeidsverhouding en (ook) in een re-integratietraject toekomt aan de werkgever. Het verwijt zit hem hier dan ook meer in de houding van de werkneemster dan in de feitelijke weigering om een aanvang te maken met de re-integratie.<sup>28</sup>

De Kantonrechter Almere oordeelde in een geval waarin de zieke werknemer tegen de instructies van zijn werkgever in op vakantie was gegaan, dat het ontslag op staande voet stand hield omdat geen sprake was van weigering van passende arbeid, maar van weloverwogen ongeoorloofd verzuim van de werknemer.<sup>29</sup> De werknemer werd niet gevolgd in zijn stelling dat rechtspraak en wetgeving in de weg staan aan het verlenen van ontslag op staande voet in de onderhavige situatie. De werknemer was volgens de kantonrechter wel bereid om passende arbeid te verrichten, maar hij was van mening dat hij vakantie mocht nemen en dat hij daarna zou kunnen beginnen met de passende arbeid. Ook in deze uitspraak lag het verwijt dus feitelijk niet in de weigering van de werknemer om de re-integratie op te pakken. De werkgever had het niet verrichten van passende arbeid wel (mede) aan het ontslag ten grondslag gelegd.

In deze paragraaf zijn zes hofuitspraken aan bod gekomen waarin een schending van de re-integratieverplichtingen aan de orde was. Slechts in één zaak oordeelde het hof dat het ontslag op staande voet terecht was. Opvallend is dat in de vijf zaken waarin het hof tot het oordeel kwam dat er geen dringende reden aanwezig was voor het ontslag, er vier keer sprake was van een ontslag dat in eerste aanleg wel stand had gehouden. Hieruit blijkt dat hoewel kantonrechters soms oordelen dat het ontslag op staande voet wegens niet meewerken aan re-integratie terecht is, de hoven veelal tot het tegenovergestelde oordeel komen. Wanneer het ontslag in hoger beroep geen stand hield, leidde dat overigens steeds tot toekenning van een billijke vergoeding en niet tot herstel van de arbeidsovereenkomst. In de hierboven besproken uitspraken was geen enkele keer sprake van herstel.

### 3. Nevenwerkzaamheden

Werkgevers zijn vaak 'not amused' als ze ontdekken dat hun zieke werknemer nevenwerkzaamheden verricht. Door het verrichten van nevenwerkzaamheden belemmeren of vertragen zij mogelijk hun herstel of kan de conclusie worden getrokken dat de werknemer in staat was passende arbeid

te verrichten. Werkgevers gaan regelmatig over tot ontslag op staande voet. Houdt een dergelijk ontslag stand? Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat het verrichten van nevenactiviteiten door een zieke werknemer niet bij voorbaat onacceptabel wordt bevonden. Dit is afhankelijk van de aard van de ziekte, van het soort nevenactiviteit en de daarmee gepaard gaande belasting.<sup>30</sup> Wij illustreren dit door een bespreking van een vijftal uitspraken.

Ook bij deze uitspraken valt op dat de hoven veelal geen dringende reden aannamen, terwijl de kantonrechters dat wel deden. Slechts in één zaak kwamen de kantonrechter en het hof tot hetzelfde oordeel, namelijk dat het ontslag op staande voet ten onrechte was verleend.<sup>31</sup> Eenmaal heeft de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigd omdat het ontslag niet onverwijld verleend zou zijn, terwijl het hof meende dat het ontslag wel onverwijld verleend was.<sup>32</sup> Daarentegen hield driemaal het ontslag op staande voet juist stand in eerste aanleg, maar werd door de hoven geoordeeld dat geen sprake was van een dringende reden.<sup>33</sup> In twee van deze drie zaken kende het hof een billijke vergoeding toe en in de andere zaak werd een billijke vergoeding noch herstel toegewezen, aangezien het ontslag op staande voet werd gegeven voor de Wwz en de arbeidsovereenkomst reeds was beëindigd door een vaststellingsovereenkomst. Gelet op de interessante casus komt deze pré-Wwz zaak ook aan bod in onderstaande bespreking.

#### 3.1 Onterecht ontslag op staande voet

In de meerderheid van de door ons bestudeerde gepubliceerde hof uitspraken is geen dringende reden aangenomen bij het verrichten van nevenwerkzaamheden tijdens ziekte. Belangrijke overweging daarbij is vaak – net als bij een schending van de verplichting om passende arbeid te verrichten – dat de werkgever eerst de loondoorbetaling dient te staken.<sup>34</sup> Daarnaast is relevant of de nevenactiviteiten de genezing vertraagden of dat concurrerende nevenactiviteiten werden verricht.

Zo ook in de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden.<sup>35</sup> Het betrof hier een supermarkt medewerkster die 100% arbeidsongeschikt was, maar wel nevenwerkzaamheden had verricht in haar eigen schoonheidssalon. Zij had dit verzwegen voor de bedrijfsarts. Nadat de werkgever tot de ontdekking was gekomen, oordeelde de bedrijfsarts dat de nevenactiviteiten haar herstel in de weg hadden gestaan. De werkgever ging vervolgens over tot ontslag op staande voet omdat de werkneemster niet eerlijk en open was geweest over het verrichten van nevenwerkzaamheden tegen haar werkgever en de bedrijfsarts en volgens de werkgever sprake was van een grove schending van de verplichtingen uit hoofde van de Wet verbetering poortwachter en het ver-

28 Vergelijk: Hoge Raad 27 juni 2008, JAR 2008/188 (Mak/SGBO).

29 Ktr. Almere 17 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3343.

30 Hof 's-Hertogenbosch 21 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2779.

31 Hof 's-Hertogenbosch 1 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:852.

32 Hof 's-Hertogenbosch 6 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:468.

33 Hof Arnhem-Leeuwarden van 13 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:253, Hof Den Haag 3 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:876 en Hof 's-Hertogenbosch 21 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2779.

34 Hof 's-Hertogenbosch 1 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:852 en Hof Arnhem-Leeuwarden van 13 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:253.

35 Hof Arnhem-Leeuwarden van 13 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:253.



zuimprotocol. De kantonrechter heeft in eerste aanleg het ontslag op staande voet rechtsgeldig gevonden en overwoog daarbij dat de werknemster de werkgever en bedrijfsarts niet juist en open had geïnformeerd en niet had voldaan aan haar verplichtingen in het kader van de re-integratie.

Het hof oordeelde anders. Allereerst stelde het hof vast dat geen meldingsplicht voor nevenwerkzaamheden bestond voor de werknemster jegens haar werkgever of de bedrijfsarts. Het hof overwoog dat art. 7:629 BW een eigen sanctiekader heeft voor het niet-nakomen van verplichtingen in het kader van ziekmelding, herstel en re-integratie door de werknemer. Het niet verstrekken van de benodigde inlichtingen wordt gesanctioneerd met de bevoegdheid voor de werkgever om de loonbetaling op te schorten, het belemmeren of vertragen van de genezing met het verval van het recht op doorbetaling van loon gedurende de periode waarin sprake is van die belemmering of vertraging. Het hof oordeelde dat, in lijn met het *Vixia/Gerrits*-arrest, het niet verstrekken van de benodigde inlichtingen niet voldoende was voor een dringende reden om de werknemer te ontslaan. In het midden is gebleven of de werknemster als schoonheidsspecialiste werkzaamheden heeft verricht die haar genezing hebben benadeeld, omdat geen arbeidsdeskundige analyse is overgelegd van die werkzaamheden, afgezet tegen de beperkingen van de werknemster. Blijkbaar was de verklaring van de bedrijfsarts hierover volgens het hof niet voldoende.

Ook achtte het Hof Den Haag een ontslag op staande voet wegens het verrichten van nevenwerkzaamheden tijdens ziekte en het liegen hierover niet rechtsgeldig. Dit in tegenstelling tot de kantonrechter in eerste aanleg.<sup>36</sup> Het hof meende dat de werkgever het recht had om te weten of de werknemster, terwijl zij wegens ongeschiktheid niet (volledig) kon werken voor de werkgever, wel/ook voor een andere werkgever werkzaam was. Werk bij een andere werkgever zou immers het herstel voor de werkzaamheden voor de werkgever hebben kunnen vertragen dan wel de re-integratie hebben kunnen belemmeren, temeer als dat werk plaatsvond op tijden waarop zij eigenlijk voor de werkgever beschikbaar diende te zijn. De werknemster had daarover openheid van zaken moeten geven. Door dat niet te doen heeft zij het vertrouwen van de werkgever ernstig beschadigd. Dit leverde echter geen dringende reden op omdat de werknemster geen boze opzet heeft gehad, zij toestemming had voor de nevenwerkzaamheden, de werkzaamheden beperkt waren in omvang en tijd en zij in de periode dat zij nevenwerkzaamheden verrichtte niet steeds 100% arbeidsongeschikt was. Ook speelde een rol dat zij als kostwinnaar en alleenstaande moeder van twee kleine kinderen onevenredig zwaar zou worden getroffen door het ontslag op staande voet en uit niets bleek waarom geen ontbindingsprocedure afgewacht kon worden. Daar de werknemster berustte in het ontslag is door het hof een billijke vergoeding toegekend.

In lijn met de voornoemde uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde ook het Hof 's-Hertogenbosch op

1 maart 2018 dat als uitgangspunt geldt dat de werkgever eerst de loonbetaling moet opschorten of staken en de bedrijfsarts moet vragen te onderzoeken of de werknemer de re-integratie frustreert alvorens tot ontslag op staande voet over te gegaan.<sup>37</sup> Eerder vond het Hof 's-Hertogenbosch een ontslag op staande voet wegens het verrichten van nevenwerkzaamheden tijdens ziekte ook al een te vergaande sanctie.<sup>38</sup> Het hof had toen aangenomen dat de werknemer nevenwerkzaamheden had verricht, maar dat het de werknemer niet verboden was deze niet concurrerende nevenwerkzaamheden te verrichten. Het hof oordeelde vervolgens:

“het verrichten van nevenactiviteiten kan niet zonder meer onverenigbaar worden geacht met arbeidsongeschiktheid. Of dat onverenigbaar is, zal afhankelijk zijn van de aard van de ziekte en van het soort nevenactiviteit en de daarmee gepaard gaande belasting.”

De werkgever had hieromtrent onvoldoende gesteld. Dat had tot gevolg dat het hof zonder nader feitenonderzoek, waarvoor in een kort geding geen plaats is, niet tot het voorshandse oordeel kon komen dat het verrichten van nevenactiviteiten onverenigbaar was met de volledige ziekmelding van werknemer. Nu de stelplicht van de dringende reden op werkgever rust (volgens vaste rechtspraak), had dat tot gevolg dat deze reden door het hof onvoldoende aannemelijk werd geacht om het ontslag op staande voet te kunnen dragen.

Concluderend kan worden gesteld dat een ontslag op staande voet wegens het verrichten van nevenwerkzaamheden vaak geen stand houdt, omdat de werkgever niet heeft aan kunnen tonen dat de werkzaamheden de genezing belemmeren of de mogelijkheden tot re-integratie bij de werkgever beperken. Wij raden daarom aan altijd een analyse van de bedrijfsarts of arbeidsdeskundige te verkrijgen over de vraag of de nevenactiviteiten het herstel belemmeren of vertragen. Mocht overigens bij de ontdekking van de nevenactiviteiten blijken dat de werknemer niet heeft voldaan aan de schriftelijk gegeven redelijke voorschriften van de werkgever omtrent het verstrekken van de inlichtingen die de werkgever behoeft om het recht op loon vast te stellen, raden wij aan het loon op te schorten ex art. 7:629 lid 6 BW. Indien na het verkrijgen van de arbeidsdeskundige analyse duidelijk blijkt dat de genezing is belemmerd of vertraagd door het overtreden van een nevenwerkzaamhedenbeding en door het verrichten van concurrerende werkzaamheden, lijkt een ontslag op staande voet kansrijk. Bij een minder overtuigende casus ligt het stopzetten van de loondoorbetaling en het indienen van een ontbindingsverzoek eerder in de rede.

36 Hof Den Haag 3 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:876.

37 Hof Arnhem-Leeuwarden van 13 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:253 en Hof 's-Hertogenbosch 1 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:852.

38 Hof 's-Hertogenbosch 21 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2779.

### 3.2 *Terecht ontslag op staande voet*

Een dringende reden is wel aangenomen door het Hof 's-Hertogenbosch op 6 februari 2018.<sup>39</sup> In deze zaak ging het om een hairstylist met een 16-urige werkweek. Het was de werkneemster op grond van een nevenactiviteitenbeding verboden concurrerende nevenwerkzaamheden te verrichten. In casu werd een dringende reden aangenomen wegens het zonder (schriftelijke) toestemming van haar werkgever tijdens arbeidsongeschiktheid verrichten van nevenwerkzaamheden bij een andere werkgever van gelijke aard als haar werkzaamheden bij de werkgever. Naar onze mening hield het ontslag op staande voet hier wel stand omdat tijdens de periode van arbeidsongeschiktheid concurrerende nevenactiviteiten werden verricht en dit (in tegenstelling tot de eerder genoemde zaken) tevens een overtreding vormde van het geldende nevenactiviteitenbeding.

### 4. **Ontslag op staande voet (g)een passend middel?**

Uit de besproken jurisprudentie volgt dat een ontslag op staande voet wegens een schending van de re-integratieverplichtingen met name in hoger beroep zelden standhoudt. Een dergelijk ontslag is daarom niet aan te raden. In meerdere zaken waar in hoger beroep volgens het hof geen sprake was van een dringende reden, had de kantonrechter het ontslag op staande voet wel in stand gelaten.<sup>40</sup> Veelal overweegt het hof dat de werkgever het staken van loon-doorbetaling eventueel gevolgd door een ontbindingsverzoek als passend middel in had kunnen zetten.

Bijkomend handelen of nalaten dat niet gesanctioneerd kan worden door middel van het stopzetten van het loon en dat ook los van de schending van de re-integratieverplichting voldoende grond oplevert voor ontslag op staande voet, kan wel leiden tot een rechtsgeldig ontslag. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan ernstig tekortschietend besef bij de werknemer die weigert passende arbeid te verrichten, van het gezag dat in een arbeidsverhouding aan de werkgever toekomt. Ook wanneer sprake is van het verrichten van concurrerende nevenwerkzaamheden in strijd met het nevenactiviteitenbeding tijdens ziekte kan een ontslag op staande voet terecht zijn. Het verwijt ligt dan niet primair in het niet meewerken aan de re-integratie.

<sup>39</sup> Hof 's-Hertogenbosch 6 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:468.

<sup>40</sup> Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 5 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1872, Hof Den Haag 28 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:355 en Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2819.